Prieto

Disertacion sobre El Derecho de Castigar






SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV. ANG.
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



Mexico



DISERTACION

SOBRE

El Derecho de Castigar,

POR EL LIC.

Manuel Guillermo Prieto.



México.--1876.

Sr. D. Dario Balandrano.

DERECHO DE CASTIGAR.

169

DISERTACION

LEIDA

EN EL COLEGIO DE ABOGADOS DE MEXICO

LA NOCHE DEL 8 DE ABRIL DE 1876

POR EL LIC.

MANUEL G.uillermo PRIETO

Recuerdo cariñoso de
El autor



MEXICO.

IMPRENTA DE LA "REVISTA UNIVERSAL."
Primera de San Francisco núm. 13.

SEÑORES:

No vengo á prolongar la luminosa cadena de disertaciones magníficas, pronunciadas por los hombres eminentes de nuestro foro; no vengo con la pretension de arrancar los aplausos, debidos solo al saber y al talento; no pretendo herir con la misteriosa vara de Moisés, una roca para hacer brotar de ella torrentes del líquido vivificador de la ciencia; si hubiera pensado en estas perspectivas, hubiera callado al medir mi impotencia, como rompe su pincel desesperado, el artista que pretende pintar á Dios.

Espinoso es, y mucho, el escojer el tema de una disertacion; se me ha colocado para elegirlo en el terreno del Derecho Penal, y es la mina tan rica y tan variada, que avaros vacilan mis ojos y trabajo me cuesta resolver mi vacilacion. El derecho penal, la rama mas noble de la jurisprudencia, la que coloca al letrado casi al nivel del sacerdote, la que representa un mar inmenso en donde la barquilla se rige por la brújula sacrosanta de la conciencia. El jurisconsulto, como el médico, se encuentran en él, de pié, frente á las desgracias y á los dolores de la humanidad, de ese cuerpo que ha sufrido tanto, que tiene tanto que sufrir, que brinda tantas esperanzas y que ha hecho ya tantas conquistas. El jurisconsulto como el arqueólogo, vé en su estudio el pasado, y descubre hechos trizas, pero humeante la sangre todavía, la represalia y la venganza, los tribunales secretos y las asociaciones misteriosas, las cruces y la horca, los instrumentos del tormento, como la dentadura horripilante de un espectro, la flajelación y las marcas, y de entre este hosario que todavía acobarda, se oyen los gritos y los ayes de una humanidad que fué mártir. El jurisconsulto es tambien geólogo, estudia las capas superpuestas del mundo en que vive, busca en los archivos interesantes manuscritos, vuelve y revuelve las hojas de los

códigos antiguos, y como en algunas escavaciones que han sido tesoros para la ciencia, suele hallar tambien joyas inestimables junto á monstruos, que solo al verlos podemos creer que hayan existido. Ahí vemos, por ejemplo, á los sublimes mártires de Roma, á las desgraciadas víctimas del Santo Oficio y á la devoradora guillotina de *noventa y tres*. Entre esas hojas, vemos el duelo constituido en elemento de conviccion, la prueba del agua y del fuego y otros mil desprósitos, que recibieron sin embargo el nombre de «Juicios de Dios.» Pero no hagamos el proceso de los tiempos pasados; esa geología no solo guarda en su seno el recuerdo de la barbarie, tambien aquellos hombres consignaron principios, que la humanidad conserva como joyas y que no morirán nunca. El jurisconsulto recoje estas preseas y las colecciona, hace en la era del criterio la separacion de lo bueno y lo malo, y con nuevos principios que conquista, va formando el tesoro de nuestros padres y el motivo de gratitud de nuestros hijos. Tambien el jurisconsulto es astrónomo; tambien descubre leyes tan invariables como la de la gravitacion á que está sujeta la humanidad; tambien dirige los ojos al cielo, y ve en él escritos con caractéres de estrellas, los derechos del hombre, grabados por la mano de 93, de ese mismo *noventa*

y tres que cometió tantos errores. Tambien es conquistador, y merece ese nombre, cuando, personificado en los constituyentes y en los hombres de la Reforma, gravó los derechos del hombre en la primera hoja de nuestro Código fundamental. Tambien restaura las entidades que han perecido, y como el Megaterio de Couvier nos muestra la instituta de Gayo y la República de Ciceron. Tambien, como el minero, se lanza á los abismos del corazon del hombre y sigue sus pasiones como el hilo de la veta que lo ha de conducir á la verdad, pasa por precipicios y busca la responsabilidad de las acciones humanas, ante el libro indecifrable del corazon. Tambien el jurisconsulto es guerrero, empuña la adarga, toma de escudo su propio corazon, hiere con los rayos irresistibles de su elocuencia, y es el divino Adalid de la inocencia que revindica.

¿Cómo no me habré encontrado perplejo ante este cuadro? ¿Qué camino deberé seguir? ¿Cuál es el mas bello, cuál el que ofrece mayor interes? ¿De cuál pueden deducirse mas importantes consecuencias? ¿Cuál es el mas ó el menos estudiado? ¿Para cuál seré menos inepto? A ninguna de estas preguntas me pude contestar, y dejé que la suerte fuera el Alejandro que cortase el nudo de mi dificultad. Abrí al acaso un libro, y

las palabras con que primero tropezaron misojos fueron estas:

DU DROIT DE PUNIR.

La resolucion fué muy grave, superior á mis fuerzas, pero fué de mi gusto; por primera vez se me mostró aduladora la fortuna; hé aquí porque he afrontado esta empresa y por qué sirve de tema á mi lectura el punto que acabais de escuchar.

Empecemos por definir. Bueno es saber á qué atenernos; bueno es saber el cimiento sobre que vamos á edificar. Si me dá por combatir el derecho de castigar, bueno es, para evitar tergiversaciones, saber bajo que punto de vista lo combato; qué debe entenderse por este pretendido derecho y bajo qué aspecto le niego á la sociedad la facultad de ejercerlo; porque seria triste, que sin fijar el sentido de las palabras, se supusiera que yo própalaba la libertad en el crímen; que queria éntregar á la sociedad inerme en brazos de sus ènemigos ó que rechazaba los justos elementos de que puede usar para precaver los males del delito y buscar la regeneracion del delincuente. Si por estas últimas palabras se quiere entender el derecho de castigar, entonces yo tambien lo admito; pero lo cierto es, que no se ha definido así, que la

ciencia moderna, quizá cambie mas tarde esa significacion; pero yo, para evitar equivocaciones, estoy por cambiar hasta la palabra, y hechas estas explicaciones, diré que niego que la sociedad tenga el *derecho de castigar*.

Vamos á definir: El diccionario de Escriche, cuyo uso es muy vulgar y precisamente por eso nos es muy útil en el caso, porque contiene las definiciones y doctrinas mas aceptadas, nos dice en la voz «Pena,» Pena es un mal de pasion que la ley impone por un mal de accion; ó bien: un mal que la ley hace al delincuente por el mal que él ha hecho con su delito.» Con esta definicion convienen la mayoría de los tratadistas así antiguos como la mayoría de los modernos. Atendiendo á la etimología de la voz, derivándose la palabra pena de la voz griega *Poine*, revela siempre la idea de un sufrimiento; es pues el derecho de penar, el de hacer sufrir á los delincuentes. Varron, ridiculizado por Quintiliano, hacia derivar la palabra *poena* de la idea de peso (*ponere pondus,*) es pues el derecho de cargar con un peso al delincuente. Groscio definió la pena como la retribucion del mal por el mal. El ilustre Rossi nos dice: «La pena en sí es un mal que recae sobre el autor de un delito en razon del delito.» Bentham creyó necesario en su «Teoría» de las penas, definir la pena y el castigo,

y dijo: «Castigar en el sentido mas general, es causar un mal á un individuo con intencion directa respecto á este mal, por la omision de algun acto ó por haberle ejecutado.» Los autores mas modernos de derecho penal, no disienten de estas definiciones, así por ejemplo, define Ortolan las penas. «Un mal inferido por el poder social al autor de un delito en razon de este delito.»

Las legislaciones antiguas no han estado en desacuerdo con los autores que acabo de citar. Sin embargo, en las mas remotas, no es posible encontrar definido el derecho de castigar, bien porque no contamos con los códigos y las leyes en que pudiera estar consignado, ó bien porque estando en uso las composiciones, la venganza personal, ú otros sistemas, no tenia la fisonomía que adquirió en tiempos posteriores, en que tornáronse en cuestiones públicas, las que antes se miraron como puramente privadas.

Mucho puede enseñarnos la India en esta materia; pero el estudio de los curiosos documentos que nos ofrecen aquellos pueblos, requeriria un exámen que nos alejaria de nuestro propósito. Las leyes de Manou cuya primera redaccion en opinion de Loiseleur, solo fué 1300 años anterior á Jesucristo, anterioridad que otros hacen montar á algunos miles de años, nos darían oportunos

datos. Igual cosa sucederia con los libros Zendas que contienen cuanto se sabe sobre la legislacion y literatura de los Persas; así como los libros de *Thaut*, el tres veces muy grande que formaban el código ejipcio, siendo el conjunto de leyes de distintas épocas, unas enteramente bárbaras y las otras manifestando carácteres de una cultura muy avanzada.

En estos preciosos monumentos encontrariamos mucho de lo que la Biblia nos ofrece como frutos de la revelacion; pero como este monumento de la historia, religion y legislacion hebrea es el mas conocido, por él comenzarémos nuestro estudio, seguros de que, la antigüedad mas remota nos ofrece los mismos principios en cuanto al derecho de castigar.

La Biblia es, pues, en donde podemos encontrar los primeros rasgos del Derecho Penal. El pueblo hebreo, por las constantes alternativas á que estuvo sugeto, las repetidas invaciones y cautividades de que fué víctima, tomó de sus mismos enemigos los gérmenes de su penalidad, como el recuerdo de sus dolores, como la huella de sus propias lágrimas.

No es mi propósito hacer una excursion muy detenida en los pueblos antiguos, porque esto me alejaria de mi objeto y daria mucha estension á

este trabajo; simplemente quiero consignar, que ya la idea de mal por mal, formaba entonces el alma de la pena, y que era el móvil de la aplicacion de este principio, el resentimiento privado, es decir, la venganza. Los versículos 23, 24 y 25 del capítulo XXI del Exodo, son el extracto y fórmula mas fieles del derecho penal de entonces. Dicen así:

«Mas si hubieré muerte entonces pagarás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pié por pié, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe.»

Hé aquí la jurisprudencia biblíca que los rabinos enseñan que debe tomarse al pié de la letra, y cuyo destello á millares de años de distancia, es el mal por mal, digno timbre de barbarie, pero inadmisible lema de una sociedad civilizada.

En la Grecia, ese vergel de las musas y del talento, ese Olimpo del génio y emporio del valor y de la elocuencia, no se entendió de otra suerte el derecho de penar. En los tiempos heróicos, la jurisprudencia penal fué la represalia, el mal por el mal; en la lira del poeta, en los lábios del trágico, en el aliento del orador, siempre un delito era el imán de un mal que debia resentir su autor.

«El que mata á sus enemigos dice Eurípides, está libre de todo crímen.» Es una satisfaccion

ver morir al que nos ha hecho mal, repite el mismo poeta.

«¿Cómo podria decirse, exclama uno de los héroes de Sophocles, que tengo un mal carácter porque he devuelto el mal que se me ha hecho sufrir?

«La sangre absorvida por la tierra, dice enérgicamente Eschylo, deja una mancha horrible, que demanda sangre á su vez.

«Para los parientes ó los amigos de la víctima, era un deber *castigar* al asesino, y el que desatendia ese deber era un traidor.» (Sophocles.) Una ley atribuida á Solon por Diógenes Laercio, decia: "si quis monóculo oculum effoderit, uturque el effodiatur."

¿Qué hombre, exclama Electro, seria bastante desnaturalizado para dejar de vengar la causa de aquel que no puede ya defenderse? Si la desgraciada víctima de la violencia queda tentida en tierra, desgraciada y sin venganza, y si el que ha cometido el crímen no recibe la pena que merece, entonces la virtud y la piedad no se conocerán entre los hombres. (Sophocles, Elector, v. 231.)

En nombre de la piedad y del culto de los muertos, unas familias se armaban contra otras y esta venganza era unu de los mas sagrados derechos. El destierro era el único medio de esca-

par de tan espantoso castigo. Continúa siendo el mal por el mal el derecho de que nos ocupamos. Pasemos ya á Roma la famosa, la que fundada segun las épicas tradiciones de los Romanos por los cachorros de una Loba, hija de la fusion de los mas eterogeneos elementos, por las armas primeras y por la jurisprudencia y la religion hasta hoy, no ha tenido quien le dispute el título de señora del mundo.

Pueden distinguirse en Roma los siguientes períodos en la penalidad. Primero, los tiempos primitivos; segundo, la legislacion de las *doce Tablas;* tercero, la República y el Imperio. El derecho primitivo de Roma es como ella misma, el resultado de los elementos tomados de diversos pueblos. Las leyes que dictaron los reyes, nos son enteramente desconocidas. La coleccion que Papiriaus habia formado, no nos ha llegado al través de los siglos, y aun la crítica moderna ha negado la existencia de un derecho civil Papiriano, y no ha querido ver en él, mas que un escrito apócrifo compaginado por los Pontífices. Lo poco que se sabe de este derecho, se deduce del de las *doce Tablas,* que aunque casi totalmente perdidas, los sábios han podido exhumar del abismo de tantos años, coordinando y complementando, importantes fragmentos tomados de diversos autores. El crímen de

Horacio asesinando á su hermana, acontecido bajo el tercer rey de Roma Tullio Horsilio, dá á conocer el carácter patriarcal y bárbaro de Roma en aquellos tiempos, así como la muerte de Metius Suffetius, hecho pedazos por el vigor de cuatro caballos uncidos á dos carros, dan idea de los bárbaros espectáculos de entonces. La flagelacion y la horca, el campo Sestertium situado á la falda del Monte Esquilino y en donde eran sacrificados los esclavos, así como la Mamertina construida por el cuarto rey Anco Marcio, revela que no era otra que la idea del mal la que entonces se tenia del castigo.

Bajo las doce tablas llamadas por Ciceron el fundamento de todo derecho Romano, no cambió la idea que hasta ahora vamos apuntando del derecho de castigar. Estas leyes, que quizá contengan algun elemento griego, pues Tito Livio y Dionisio de Halicarnaso, aseguran que se envió de Roma una diputacion á Grecia para recojer su legislacion; aceptando Mr. Laferriere la verosimilitud de este hecho, puesto en duda por Bico y por los escritores modernos, que opinan que solo pequeños é insignificantes detalles deben las doce tablas á la Grecia, toman el talion aunque moderado por la composicion del ofendido, elemento desconocido por los hebreos, como fundamento del derecho de castigar. Dice Aulo Gelio en sus

noches áticas: «que aquel que rompa un miembro sufra la pena del Talion si no se compone con la víctima,» lo que se encuentra apoyado con referencia á las *doce Tablas* en el párrafo 223 del comentario 3º de la instituta de Gayo. Mal por mal, continúa siendo la divisa del derecho Penal.

Las leyes formadas en tiempos posteriores ya siendo aplicables á solo los plebellos ó tambien á los ciudadanos Romanos, hicieron alguna variacion en las penas, sin disminuir su atrocidad, pero nunca cambiando su esencia. Las leyes Cornelianas hechas por Sylla, (1) llevan el sello del terror, que se hizo mas grande á medida que los ciudadanos Romanos fueron perdiendo sus privilegios. Algunas de las Penas de la ley Cornelia, como por ejemplo, el suplicio del fuego impuesto á la mágia y á la astrología, se conservaron hasta los tiempos de la revolucion francesa y aun despues. El Digesto asimila el delito de Lesa Magestad al sacrilegio. Larga seria la ennumeracion de las penas y de su crueldad: no es de nuestro objeto recorrer su catálogo. Vamos á concluir esta reseña histórica, porque está dilatando mucho el objeto de la disertacion. El Cristianismo, luz inde-

(1) Esprit de lois lib. VI cap. XV. (Montesquieu.)

ficiente y sublime, derramada por el héroe del Gólgota sobre la tierra, no produjo desde luego todos sus efectos y la doctrina de no hagas á otro lo que no quieras para tí, no hizo sentir sino muy poco su influencia en el derecho criminal. El Código Teodosiano es una muestra de esa verdad El emperador era cristiano, pero la sociedad, pagana todavía, era regida aún por la legislacion del mal, conservando horribles penas, que excedian con mucho á la gravedad de los delitos; la flajelacion, el fuego, la horca, el plomo derretido, las mutilaciones y otros mil delirios de la barbarie, eran el pan cuotidiano de la penalidad. No he pretendido hacer una reseña completa del derecho de castigar, simplemente hacer notar que en los pueblos de quienes hemos tomado la primera semilla de nuestras ideas jurídicas, estaba la misma idea que conservamos todavía, y que las definiciones dadas por los autores que he citado, no van en desacuerdo con aquellos tiempos, y que nuestras actuales instituciones no desdicen de las de nuestros progenitores.

La legislacion gótica estampada en el *Fuero Juzgo*, así como la española, caracterizada por las siete partidas, en su íntimo contacto con el principio religioso, buscaban la expiacion, é hijas de la elgislacion Romana siguieron los mismos princi-

pios que hemos referido. Y no entro en un prolijo exámen de ella así como de la nuestra, porque nada podria decir que no fuese ventajosamente conocido de mi auditorio y porque sabemos que no se tiene en ellas otra idea de la pena, que la que tantas veces hemos repetido.

Queda pues establecido que la pena es el mal por el mal. ¿En qué puede haberse fundado semejante derecho? Muy poderosas razones deben haber servido de base al ejercicio de tan peligroso sistema. Examinémos tan lijeramente como lo permiten los límites estrechos de esta sesion, los diversos sistemas en que se ha pretendido fundar el derecho de castigar, y verémos que los que han sostenido uno, han impugnado los otros, y que no hay uno solo que no tenga ilustres enemigos y poderosas razones en su contra. ¿No es esta una prueba de que debemos rechazar semejante derecho, puesto que con evidencia, no están de acuerdo los sábios en la razon en que se pudiera fundar? Véamos.

Si es posible suponer en lo mas lejano de los tiempos una época en que los hombres por su escasés numérica, no pudieron constituir pueblos, ni organizarse en sociedades, sujetas á una autoridad, entonces la idea del derecho penal, debe haberse reducido á la venganza de la ofensa, á la

recuperacion de la cosa y á una actitud hostil y defensiva.

El ofendido no tenia á quien volver sus ojos, la ley del mas fuerte decidia la justicia, y el mas diestro, el mas robusto y el mas valeroso, eran los que pedian al triunfo la ejecutoria del derecho. Pero como estas suposiciones tienen una verosimilitud, que aunque tal, no se puede comprobar, ni es útil ocuparnos de lo que entonces haya podido acontecer, abandonemos este campo y traslademonos al mas fecundo de la historia. Por mucho que retrocedamos en la cadena de los tiempos, siempre en sus eslabones encontrarémos sociedades, y siempre mezclados á los elementos constitutivos de estas, por una parte la justicia social que segun hace notar Bentham, tiene el mismo orígen que todos los derechos del gobierno, á saber, la necesidad y la utilidad, aunque tendiendo siempre á confundir esta con la de la dominacion del poder, y á hacer de las penas un instrumento de defensa, de venganza y de opresion; por otra, cierta inclinacion á satisfacer los preceptos de la justicia moral.

Una sociedad no puede concebirse sin la fuerza necesaria para rechazar y aun para desarmar á sus enemigos, no puede tampoco existir sin una organizacion moral; la primera pena, pues, cuales-

quiera que hayan sido las circunstancias que la hayan acompañado, fué el primer síntoma de esa organizacion, de la lucha del interes general contra las aspiraciones privadas, de los instintos morales, contra los instintos materiales y groseros, lucha terrible y casi compañera inseparable de los destinos del hombre. La primera pena, fué la venganza, ejercida por el mismo ofendido ó por sus parientes, hechos contra hechos, sobreponiéndose la fuerza, pasando los ódios de familia á familia. Tal sistema era incompatible con la vida social, y el sacerdocio y la autoridad civil tomaron parte en la cuestion. El elemento religioso dió á la pena el tipo de expiacion que hasta ahora debe tener, segun algunos. Los fundamentos dados por los sábios al derecho de castigar, han sido varios.

Algunos han juzgado la pena como la venganza social, de ahí el nombre de vindicta pública. Pero la venganza nace de la pasion, la venganza es parcial, la venganza la ejerce el ofendido; de la pasion no puede nacer el derecho, nadie puede ser juez y parte, la venganza es innoble en el individuo. ¿Cómo perder su carácter al ser ejercida por la sociedad, es decir, por el fuerte contra el débil? Por eso la sociedad se siente calumniada y protesta cuando oye las palabras: "vindicta

pública." No puede fundar este despropósito el derecho de penar.

Otros han buscado en la pena la expiacion del delito, el criminal por medio de la pena, se lava y purifica hasta borrar por el sufrimiento la huella del crímen. La pena es el bautismo que borra la criminalidad, es el crisol en que se purifica el espíritu.

Esta teoría que ha sido sostenida por muchos, expecialmente por los escritores ascéticos, busca por el sufrimiento la regeneracion. En el fondo mucho tiene la idea de la expiacion de la idea de venganza; pero no, se dice que por su medio trata de lavarse el alma de la mancha del crímen, se busca la purificacion. Yo comprendo que el alma esté limpia cuando ha conocido el mal que hizo y cuando ha llegado á arrepentirse de él.

Ahora bien, ¿cómo sabemos que esto se ha verificado? ¿Cómo penetrar en el espíritu del reo? ¿Cómo graduar la cantidad de sufrimiento que cada criminal necesita para llegar á la expiacion? ¿No es verdad que son estos problemas indescifrables? Para saber que ya esto tuvo lugar, ¿á qué deberémos atenernos? ¿Será al dicho del reo? ¿Será al aspecto mas ó ménos hipócrita que nos presente? Sobre todo, un dolor, un sufrimiento, una pena, puede engendrar, si acaso, en nosotros,

la idea de retraernos del delito, pero nunca nos puede producir ni ideas, ni convicciones, ni el conocimiento del bien y del mal, ni el arrepentimiento moral, que es el que pretende hallar la expiacion. Por esto se vé que el cristianismo puro, por medio de sus dogmas y doctrinas sublimes, ha apartado del mal á mayor número de individuos que todas las cárceles anteriores. La imprenta, el desarrollo de las artes y la instruccion pública, tiene mas conquistas en un solo siglo, que todo un pasado de llamas y tormentos; la idea de la expiacion es un contagio religioso; pero en este órden de ideas, sí es efectiva la expiacion, porque es impuesta voluntariamente, es el resultado del conocimiento del mal y del arrepentimiento. Un latigazo, ó un mal tratamiento, ó la cárcel, aplicada como mal, pueden producir el rencor, la tristeza, el ódio, cuando mas la idea de no reincidir, (y despues me ocuparé de esto,) pero nunca, las ideas del bien y del mal, ni la bondad de sentimientos que es lo que pretende la expiacion. Para concluir de combatir este sistema, añadiré, que aunque por su medio pudiera conseguirse todo, no debería de emplearse, pudiendo haberse otro medio igualmente eficaz y menos cruel; es así que la educacion moral y civil, el ejemplo, el dotar al reo de medios para vivir bien en socie-

dad, pueden poner al hombre en el camino que se busca por la expiacion sin sus inconvenientes, luego el derecho de castigar es ilegítimo bajo este aspecto.

Algunos han pretendido derivar el derecho de castigar, del consentimiento de los miembros de la sociedad, que han delegado en los gefes de ella esta facultad. Muchos han entendido este sistema al pié de la letra y hasta lo han combatido, preguntando en qué lugar se verificó semejante pacto. En mi humilde concepto quienes tal hacen, no han sabido interpretar el pensamiento del ilustre filósofo de Ginebra. La teoría del pacto social es solo hipotética, para mejor explicar los fenómenos del estado social. Todas las ciencias inventan hipótesis y á nadie le ocurre tomar las hipótesis por hechos. Si en una cátedra de matemáticas se dijese, vervi-gracia, hablando de la esfera, que es un cuerpo enjendrado por un círculo que gira sobre un diámetro, sería torpe tomar las cosas al pié de la letra y sostener que no se formó así el mundo en que vivimos. Por lo demás, nadie puede negar que el estado social del hombre es una condicion *sine qua non* de su vida, y tanto, que fuera de la sociedad, no puede concebirse su existencia; el hombre forma una entidad aparte en lo ostensible, pero en realidad es inseparable de la familia y de

la sociedad. El niño necesita la leche generosa y los dulces besos de la madre; ésta á su vez necesita la deificacion que le dá la maternidad. El hombre necesita amar y ser amado, necesita á quien protejer con su fuerza, y la muger débil y cobarde, aunque por el amor heroica, necesita ser defendida. La palabra exije un oído que la recoja para llevarla á un corazon á quien conmueva y arrebate La sociabilidad, es esencial á la vida del hombre como la circulacion de la sangre; suspéndase esta y morirá; retirése de la sociedad y será una hoja arrancada al árbol de la sociedad por el huracán del extravio. El hombre es como el grano de trigo, cada uno de estos es una entidad completa y separada, se puede decir que tiene su personalidad; sin embargo, no puede concebirse solo, necesita que la espiga, como una madre, lo cobije entre sus hebras de oro.

Pero de cualquiera manera que se suponga, la teoría del pacto social no puede servir de fundamento al derecho de castigar. La base de este es el consentimiento.

El consentimiento no puede presumirse en cosa de tanta importancia. A nadie se presume casado por ejemplo, aunque viva mucho tiempo con una muger.

Los actos que se refieren á nuestras personas

solo deben reputarse existentes por una declaracion expresa; quién sabe si en los casos en que las leyes han supuesto el consentimiento tácito, seria mejor resolver la cuestion por el pago de daños y perjuicios; lo cierto es que el que no manifiesta expresamente su voluntad, no sabemos cuál tenga. Por lo mismo, todos los que no la manifestasen no estarian sujetos al sufrimiento de la pena. Porque los pactos no pasan de los contrayentes. Los pactos pueden caducar, pueden rescindirse, la condicion resolutoria, natural en todos los pactos, hace que si una parte no cumple, la otra tampoco esté obligada á cumplir. ¿Qué tribunal decidiria estas diferencias? Los que no tienen cierta edad y ciertas condiciones, no pueden contratar; de donde resulta, que si el llamado derecho de penar se fundase en una convencion, no habria cosa mas efimera, mas eludible y mas irrealizable. El pacto tendria que reproducirse diariamente por las nuevas generaciones que no podrian conceptuarse obligados por el pacto que sus padres contrajeran, y mientras no lo hiciesen no estarian sujetos al castigo, pero no habiéndose verificado realmente tal pacto, no puede fundarse en él ningun derecho. Pero pasando por estos inconvenientes, nadie da lo que no tiene y ¿tiene el hombre el derecho de matarse, de envi-

lecerse, de golpearse, de herirse, de mutilarse, de menoscabar su salud, de llenarse de tormentos, de privar á su familia de sus auxilios, de degradarse y de prescindir de su libertad? Es imposible fundar en el pacto social el derecho de castigar.

Estudiemos el principio de la defensa: Wattel fué, en concepto de Faustin Helie, el primero que fundó en la defensa el derecho de castigar.

Para poner la cuestion en su verdadero punto de vista, dirémos: que cuando los criminalistas han fundado el derecho de castigar en la defensa, han dado á esta palabra su significacion mas estricta, entendiendo por ella, el derecho de evitarnos un mal *actual é inminente*. Desde luego se vé que no hay paridad entre el derecho de castigar y la defensa. Esta supone la presencia amenazante del que nos va á dañar, la justicia se refiere al pasado y al porvenir. Ya el asesino huyó, lleno de espanto, ó tal vez hasta arrepentido busca donde ocultarse, ¿de quién nos defendemos? Sin embargo, el derecho de castigar está por ejercerse. ¿Nos defendemos del futuro? ¿De quién? ¿Del que delinquió?—Ha cesado el peligro.—¿Del que volverá á delinquir? ¿Tendrémos acaso el derecho de adivinar? ¿Nos defendemos de los demás? ¿Cómo sabemos quiénes son? ¿Por vía de ejemplar? Entonces no es defensa. Esta consiste en

rechazar la fuerza con la fuerza. En repeler el ataque, no en curarnos el miedo de ser atacados. Los caractéres del castigo y de la defensa, difieren en todo. Esta nace con la presencia del peligro inminente, aquel se refiere al peligro pasado ó al porvenir; la defensa es irreflexiva, violenta, material, puede guiarse aún de las apariencias y de los temores; la justicia es reposada, tranquila, aprecia, califica, discierne, busca la verdad. La defensa termina con la ausencia del peligro; la justicia, espera, y fria, hace la aplicacion que le corresponde, aunque tenga que exhumar sus recuerdos de entre el olvido de los años.

El que se defiende, es parte interesada: la justicia ha de ser imparcial. Al agresor se rechaza; al delincuente se castiga.

De la defensa puede nacer la guerra, pero no la justicia penal. No es pues, la defensa, fundamento del derecho de castigar.

Pero si se diera á la palabra defensa una extension mayor, de manera que comprendiera el peligro lejano, nunca autorizaria el «mal por mal,» puesto que la defensa termina en donde termina el peligro, y el peligro cesa cuando el delincuente ya no puede dañar, y esto se consigue sin ejercer el mal por mal que combatimos. Quedan tres fundamentos aún del derecho de castigar, y son

sin duda los mas robustos; los parapetos formidables de los *héroes del mal:* así pueden llamarse á los que, cuando la sociedad lamenta un mal hacen otro, aunque con el pretexto de que es para hacer bien, como si para enfriar un cuerpo le ponemos mas fuego. Los sistemas á que me refiero, son: el de la utilidad, el de las penas como ejemplares, y el de la justicia absoluta.

El segundo sistema puede considerarse incluido en el primero. Si las penas producen efecto como ejemplares, evitan los delitos y se adoptan porque conducen al fin, porque son útiles. Nos ocuparémos, pues, de ámbos sistemas.

No hay uno solo de los enemigos del principio utilitario, que no lo trate con las mayores consideraciones, y bien lo merece, porque todas sus partes encadenadas por una inteligencia admirable, revelan que es hijo del génio y que conserva el tipo de su generador. Solo el nombre de Bentham, es la mejor calificacion de su sistema. El ilustre pensador produjo algo digno de su talento, y al combatirlo, es preciso confesar su indisputable mérito, los servicios eminentes prestados por su autor á la ciencia, con ese mismo sistema que no queremos admitir y tratarlo aún en el momento del combate, como lo merece un contrincante de gerarquía tan elevada. Bentham se puede decir

que marca una época en la ciencia del derecho, y desde su aparicion en el firmamento de los sábios, el estudio de la jurisprudencia y sus progresos, han tomado un tipo práctico que no puede ménos de ser fecundo en benéficos resultados. Yo me ocuparé del sistema utilitario, solamente con relacion al derecho de castigar, y diré: que este no se puede fundar en la utilidad. Mucho trabajo va á costarme condensar en pocos renglones una reputacion que ocupa en los autores algunas hojas, y para que no se crea que tengo la audacia de poner mi personalidad humilde frente á la del ilustre jurisconsulto, diré: que Rossi, Pacheco y Faustin Helie, han sido los arsenales en donde me he pertrechado para combatirlo.

El sistema utilitario á que se ha llamado sistema egoista, tiene el defecto que con su aparicion quiso evitar. Pareciendo demasiado abstractas las ideas de moral y de justicia en que se fundaba la penalidad, se quiso sustituir á ellas, otra que fuese mas positiva, que estuviese ménos sujeta á tergiversaciones, y se creó el principio de la utilidad. ¿Se conguió el fin? ¿Es mas fácil apreciar lo que es útil que lo que es justo? Lo justo mira al movimiento interior de nuestra conciencia, lo útil es materia de un cálculo cuyas cifras son abstractas, y sin embargo, tan relativas, que dan

tantas soluciones cuantas son las individualidades. La idea de la justicia se refiere á un tipo cuya alteracion no depende de nosotros, la utilidad nos afecta directamente y nos hace parçiales. El sistema utilitario no nos ha provisto de la unidad de medida que hacia falta en el otro sistema, y por el contrario, todos han preguntado: ¿Qué es utilidad? ¿Es el placer, es el goce? ¿Esto es el bien? Nada hay en que nos equivoquemos más que en nuestra utilidad; todos los dias se nos ve seguir este camino y encontrar en él el desengaño, y ¿hemos de fijar en tal incertidumbre el derecho de castigar? ¿Y de qué utilidad se trata? ¿De la privada? Pero el reo ha sido guiado por la utilidad. ¿Por qué posponer la de este á la de su víctima? ¿El pecado consistió en la iniciativa? Dice Pacheco que para fundar en la utilidad privada el derecho de castigar, era preciso que Dios hubiera entregado el género humano como patrimonio de una persona. Supuesto el dogma de la igualdad, que nadie pone en duda, no puede ser la utilidad privada el fundamento del derecho de castigar. ¿Lo será la utilidad públiea?

Pero esto subvierte las ideas que forman la esencia de la pena. Se trata de buscar el mayor bien del mayor número. El interes de una sola persona no puede producir el derecho de castigar, tam-

poco el de dos, tampoco el de cuatro; lo que no está en las partes, tampoco puede hallarse en el todo, luego lo que no nace del interes individual tampoco puede nacer del interes colectivo. Precisamente la ciencia moderna tiende á igualar los derechos de la comunidad á los derechos individuales, y ha despojado al *fisco* de casi todas sus prerrogativas. La exaltacion de los derechos individuales, fruto feliz de la filosofía alemana, es el objeto de las ciencias políticas modernas, y nuestra Constitucion federal, hija de ella, consigna estos derechos con el nombre de garantías indiduales en sus primeros artículos, diciendo en el 1º:

«Art. 1º El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la Constitucion.»

Si así no fuera, ningun derecho podria sostenerse por un solo individuo contra una compañía, y mucho ménos contra un pueblo. Una hacienda es dueña de una merced de agua, el pueblo inmediato no la tiene. ¿Despojamos al particular? ¿No á cada momento vemos pleitos ganados por los particulares contra los pueblos, las ciudades y aun contra las naciones? ¿Por qué? Porque es

el derecho. En el principio de utilidad serian dos utilidades y perderia la menor no por otra causa, mas que por ser mas débil.

Copiaré un trozo que Pacheco extracta de Rossi: «Si se demostrara, dirémos con él (se refiere al principio utilitario) que siete millones de españoles perfectamente acomodados con un sistema social, interesados de todo punto en llevarlo adelante, no podian conservarlo sin quitar la vida á los otros seis millones, indudablemente tendrian derecho de hacerlo con arreglo á los principios de ese sistema. Hé aquí un aserto que en rigor no puede contradecirse, porque si la justicia, si el principio del derecho es solo una cuestion de número, un cómputo de ventajas para la mayoría, no puede haber razon ninguna para conceder á esta el derecho de sacrificar á su interes mil individuos cada año, y para negárselo de una vez respectivamente á los seis millones. Toda la cuestion seria, pues, sobre la utilidad, pero ni el proyecto podria rechazarse en globo, ni concevida la utilidad podria negarse la consecuencia. Desconocer esa observacion seria abandonar la doctrina; los que la sigan sinceramente deben confesarlo así. Pero entonces tambien es indispensable conceder que de los siete millones restantes los cuatro podrán degollar á los tres; dos en seguida podrán inmo-

lar á uno...... y así sucesivamente, todo número mayor al menor, hasta que, quedando solo dos hombres, el mas fuerte pudiera acabar con su compañero, si por ventura tuviese pasion por la soledad.»

Ante el sistema de la utilidad, el vicio y la virtud pierden sus nombres, y el héroe y el bandido son igualmente dos sacrificios en las aras de la utilidad. El criminal no merece este nombre, sino el de mal calculista, ha errado, y ¿de cuándo acá los errores merecen castigo? ¿Y de qué manera se graduarán las penas, con relacion á la utilidad ó con relacion al hecho criminoso? Si lo primero, mientras mayor sea la utilidad mayor será el castigo, aunque no sea necesario, esto es absurdo: si lo segundo, entonces ya no se funda el castigo en la utilidad sino en la justicia.

Esta razon es, en mi concepto, de mucho peso. La utilidad puede variar segun varien infinidad de circunstancias, puede pedir la impunidad del delincuente, el sacrificio de la inocencia. Una comarca podia necesitar la esclavitud para su cultivo, ¿pasariamos en nombre de la utilidad sobre tan sagrados derechos? ¿Qué cosa son la tan invocada salud pública y *las razones* de estado mas que distintas denominaciones de la utilidad? El reo que huye del patíbulo, tiene mayor interes en

salvar su vida que la sociedad en sacrificarlo; él pierde mas. ¿Por qué consumar el sacrificio? Hay dos utilidades contrarias, ¿á cuál atender? Mas se dirá que se trata de la utilidad bien entendida; y yo contestaré con Rossi: «*utilidad bien entendida* es como *apetito bien entendido*.» El sistema de la utilidad es oscuro, es invariable, es arbitrario, no puede engendrar el derecho de castigar. En último análisis, dice Faustin Helie: «La utilidad cuando está aislada de otra consideracion, no es mas que la razon del mas fuerte.» Véamos si el derecho de penar puede fundarse en la ejemplaridad de la pena. Por el siguiente pasaje del Protágoras puede verse que la teoría de las penas como ejemplares fué sostenida por Platon: «Nadie castiga á aquellos que se han hecho culpables de una injusticia, solamente por la razon de que la han cometido, á no ser que se castigue de una manera irracional y bárbara. Cuando se hace uso de la razon al inferir las penas, no se castiga á causa de la falta pasada, porque no se podria hacer que lo que se hizo no se haya hecho, sino á causa de la falta futura, á fin de que el culpable no reincida y que el castigo contenga á los que son testigos de él.» Este no es mas que un aspecto del principio utilitario; y bastaria lo dicho arriba para desecharlo, aunque tal efecto produ-

jeran las penas. El principio de adoptar las penas porque son ejemplares, podria tener dos explicaciones: ó se aplicaban simplemente por el ejemplo que producian ó porque eran justas: si lo primero, es el principio utilitario; si lo segundo, entonces ya no se aplicaban sino porque eran justas y traian como una consecuencia la ejemplaridad; pero no producen este efecto: veámoslo.

La antigüedad está llena de patíbulos y de hogueras, y en competencia, está tambien llena de delitos; los instrumentos de castigos parecen insaciables, parecen mónstruos con vientres capaces de contener la humanidad; la humanidad parece que quiso matarlos de plétora, quiso congestionarlos y destruirlos por indigestion, nunca fueron bastantes para las víctimas que tuvieron que devorar: al fin se cansó el castigo, tenia la tarea de Sisifo, y el crímen siguió en pié. ¿Qué mas prueba de que no producen las penas la ejemplaridad que se busca? Se han abolido muchas penas. ¿Qué falta nos hacen? Por analogía podemos juzgar la poca que nos harán, las contadas que mantiene aún la barbárie. ¿Buscamos el ejemplar? Restaurémoslas todas, que revivan tocando hasta el cielo como una blasfemia y como un insulto las llamas de la hoguera. Que revivan el tormento y los autos de fé. El ejemplo es fuerte,

¿no es verdad que hasta el sueño debe huir de los que criminales ó inocentes presencien espectáculo semejante? ¿Pero no es verdad que la primera idea que susciten ha de ser la de quemar á los verdugos? ¡Bella regeneracion! No se restauran las penas desusadas, luego no es el ejemplo lo que se busca, no es el temor. Entonces, ¿qué pretendeis, verdugos impíos, de esta humanidad á quien haceis pedazos?—El registro de cualquier archivo de cárceles manifiesta que no hay tal ejemplar, ni aun para los mismos que sufren las penas, nada es mas frecuente que las reincidencias. Tomad el libro de una alcaidía y vereis que son casi los mismos individuos los que entran y salen á las prisiones. Este dato está confirmado por los libros de todas las prisiones de todo el mundo—luego vuestras penas, y entre ellas las prisiones, con esa calidad, son ineficaces—adoptad las prisiones con otro carácter y será distinto y satisfactorio el resultado.

Hasta el siglo XVI fué cuando se impuso á la ley penal, como objeto principal, la intimidacion y el espanto.

Pero el sistema de la justicia ejemplar no reconoce mas que dos fundamentos, ó el de la utilidad, ó el de la justicia y la moral. El primero hemos demostrado que no es verdadero; véamos el se-

gundo. Rossi, con razon opina, que á estos dos extremos pueden reducirse todos los sistemas penales; pero si el de la utilidad es incierto, el que se apoya en principios morales no lo es menos. Ya hemos visto que huyendo de su ambigüedad y de lo indeterminado y abstracto de sus nociones, fué como se imaginó el principio utilitario; esta simple razon y la nacida del asentimiento que muchos dan á este último sistema, bastaria para convencernos de que dista mucho el principio de la justicia de contar con la unanimidad, ó á lo menos con la gran mayoría en que deberia apoyarse para servir de fundamento al castigo.

La idea de la justicia, varia segun el cerebro que la concibe, varia segun los tiempos. Personas hay que contemplan con horror, hechos que otros miran como naturales y sencillos. Las edades pasadas han anatematizado como delitos, hechos que ahora ó se consideran como derechos, vervi-gracia, la libertad de imprenta y de la palabra, ó que se reputan como meros delirios indignos del castigo, y cuando mas acreedores á la conmiseracion. Tales son la magía, el estupro, que solo se castiga en casos muy limitados, la rufianería y otros hechos que antes hacian encender las hogueras y hoy no hacen escribir la primera hoja de un proceso ni se ocupa de ellos el Código Penal. La justicia

cambia tambien con el hecho y con la persona; es necesario apreciar mil circunstancias, y el criterio judicial no posee una balanza bastante fina para hacer el ensaye de los elementos del delito. Prescindiendo de lo inseguras que son las pruebas, aun las que se reputan mas firmes, lo cual podria bastar para abstenernos del castigo, suponiéndolas infalibles y que nos pongan frente á los hechos tales como han pasado, son estos tan complexos, que nos es imposible tener preciso conocimiento de ellos, y si la justicia, por sí difícil de conocer, ha de tener en cuenta la culpabilidad del reo, imposible de averiguar, porque se refiere á su estado moral, y en el santuario de su conciencia nos es imposible penetrar, es tambien imposible, si las penas han de ser proporcionadas á los delitos, hacer el análisis cuantitativo y cualitativo de estos, para saber la medida exacta de las penas. Estamos, pues, frente á un problema compuesto de puras incógnitas. Y como dice Rossi, «á falta de datos, el problema no está resuelto.» Pero prescindamos por un momento de estas poderosas razones. ¿Con qué derecho ejercemos la justicia penal? ¿De dónde viene á la autoridad esta facultad? No puede reconocer mas que dos fuentes: ó el hombre ó Dios. No puede ser el hombre, porque entonces revivimos el sistema del pacto social

ó el principio de utilidad, es decir, la ley de la fuerza; no de Dios, porque los que aplican las penas nunca nos mostrarán sus credenciales como delegados de la divinidad, y no os hago la injuria de creer que admitís el derecho divino ¿Con qué título se abrogan los legisladores y los jueces la investidura de sacerdotes y se ponen en comunicacion con Dios, para que éste les dé facultades de que carecen como hombres? Todas nuestras instituciones son puramente humanas, no tienen nada de misteriosas ni de divinas, ni nuestras autoridades tienen nada que no les hayamos dado nosotros, sus comitentes. El principio de la justicia y la moral, como fundamento del derecho de castigar, es tan insuficiente como todos los anteriores.

¿Qué debe, pues, hacer la sociedad? La sociedad tiene derecho de existir; la sociedad debe progresar. Y esto cabe en las ideas mas rudimentales del derecho. No tiene la facultad de dañar, pero sí la de desarmar al asesino; no la de *mal por mal*, pero sí la de precaver el mal y la de evitarlo cuando se presente. No quiero hablar del mal inminente y actual, porque entónces la sociedad está en el derecho de la propia defensa, derecho que se encuentra en todos sus miembros; derecho que puede delegarse.

Una tropa de bandidos se aproxima á una poblacion para robarle sus riquezas, para disfrutar la hermosura de sus mujeres, para arrancar la vida de sus padres. La poblacion se pone sobre las armas, se defiende, rechaza la fuerza con la fuerza; nada han tenido que ver aquí la venganza ni el castigo; no ha habido otra manera decorosa de evitar el mal, y está justificado el procedimiento.

Pero en otros casos en que no es necesario este extremo, ¿cómo justificar el mal si nó es estrictamente necesario? Se me viene encima un malhechor, pero yo soy mas fuerte, le agarro las manos y le desarmo. ¿Le he hecho algun mal? No: imposibilitar no es dañar. ¿No es verdad que cuando ya está imposibilitado el reo cualquiera otra cosa que le hiciera seria un lujo muy cruel? ¿Debo entónces poner en libertad al asesino? Yo soy miembro de una sociedad. La experiencia nos ha demostrado que el hombre que delinque una vez, continúa delinquiendo; la presuncion está en su contra; un hombre así amenaza, es un peligro; al peligro tambien como al asesino, se le toman las manos y se le desarma, pero no se le daña, simplemente se evita que nos dañe á nosotros. La presencia del facineroso estorba el desarrollo social, estorba el progreso, la sociedad tiene el derecho de progresar, busca su bien, y el facineroso estor-

ba, porque amenaza: entónces le reduzco á la impotencia de dañar, y tan pronto como esto está conseguido, ha terminado mi derecho. La doctrina del mal es inmoral, es ilógica. Sobre todo, ¿se puede conseguir el mismo fin, sin necesidad de hacerlo por medio del mal? Sí, pues entónces este sistema es desechable.

Nosotros no tenemos que mezclarnos en el sér moral de los otros hombres, sean ellos buenos ó no; lo que nos importa es que no nos dañen, que no estorben nuestro bienestar, ni nuestro progreso, dentro de los límites del derecho. Lo que debemos hacer para que los hombres no delincan, es hacer que no les tenga cuenta dilinquir. ¿Cómo? Impidiéndoles realizar el delito; impidiéndoles aprovecharse de él, haciendo efectiva la responsabilidad civil y la indemnizacion de daños y perjuicios, dejando enteramente libre el derecho personal de defensa, y facilitando los medios de que tenga lugar.

Sin duda ninguna, la buena organizacion de la policía, por costosa que sea, debe procurarse á todo trance; no hay sacrificio que sea grande, si tiene por recompensa este elemento de bienestar social. Generalmente los criminales son inducidos á cometer los delitos por la esperanza de consumarlos y de aprovecharse de ellos. Si la policía llega

á hacer muy difícil y casi imposible, su perpetracion es claro que no estará al alcance de todos los criminales cometerlos, entre otras razones, porque pocos tendrán la constancia necesaria para vencer los obstáculos que se oponen á su realizacion. Pero los pocos que la tengan se desaminarán enteramente cuando vean que no pueden aprovecharse de los frutos del delito, bien porque al consumarlo se les recojan, bien, porque la indemnizacion civil y el pago de daños y perjuicios hagan que tengan que devolver mas de lo que hubiesen podido lograr.

Pero se sigue un camino enteramente extraviado. A una pésima policía se agrega la prohibicion de portar armas, prohibicion que solo afecta á los hombres honrados y produce como efecto entregarlos inermes á los bandidos, despues se hunde á los reos en cárceles, en donde acaban de corromperse, y despues que han aumentado sus relaciones criminosas, despues de malos tratamientos y vejaciones, se les vuelve á una sociedad que tienen justicia en detestar.

¿Qué atractivo podria, entónces, brindar la perpetracion de un delito? ¿Habrá quien robe un peso con la seguridad de que devolverá inmediatamente el doble? ¿Los otros delitos que se cometan por cálculo y no por pasion, habrá quien los

aborde? Los delitos cometidos por pasion, si esta puede ser dominada por la razon, seguirán la misma suerte: si no, el hombre ciego es un loco, y nunca por las penas se dará luz á los que no tienen ojos con que ver. De suerte, que estos irán tambien á las cárceles, de donde no saldrian mientras de ellos se tenga que temer, evitando ántes el delito y que se aprovechen de sus resultados.

Casi tiene la misma importancia que la policía, la ampliacion del derecho personal de defensa; y el facilitar á esta los medios para verificarse con fruto. La derogacion de las leyes que prohiben la portacion de armas ó que restringen su uso, demandando gastos, fianzas y otras molestias para adquirir su uso, seria muy conducente á evitar los delitos. En efecto, estas leyes que no son obedecidas mas que por los hombres honrados, producen el inmediato efecto de tener á estos inermes y a la merced de los bandidos. Estas leyes no desarman á los malos. ¿Qué importa á estos la pena de la portacion del arma, si con el delito van á exponerse á otra mayor, y por medio de sus armas tal vez escapen de ambas.

Por otra parte, el dia que el facineroso, calcula que la muerte no solo la promete una ley que puede eludirse ó no llegará á aplicarse; sino el pasajero ó el propietario á quien va á robar, ó la víctima

á quien pretenda arrancar la existencia, entónces en el mismo acto estará el peligro, y las nubes de la muerte oscurecerán siempre las ilusiones que pudiera hacerle concebir el delito.

Cooperaria mucho á la defensa el ampliar la libertad en fiado á todos aquellos casos en que un hecho pareciera hacerse en defensa propia.

El asaltado no tendria para defenderse casi los mismos temores que el asaltante.

¿Se cree que hubiese quien á pesar de tantos peligros y tantos inconvenientes se aventurase á delinquir? Y si en estas circunstancia algunos se aventurasen, no se retraerian con la pena, puesto que esta no podria hacerles mas, de lo que el derecho de defensa y la policía, bien organizada les pueden augurar. La experiencia demuestra que los delitos disminuyen á medida que los elementos de que nos ocupamos se organizan y desarroyan mas, lo cual nunca ha sucedido con las penas.

Ahora yo pregunto: ¿cuál es el mejor de los dos sistemas? En otra ocacion me ocuparé del sistema de cárceles que me parece concordante con estas ideas. Por de pronto simplemente haré notar que cuando el reo está ya aprehendido, no es peligroso mas que en potencia. Que si en esos momentos fuera posible darle un brebaje con el

cual olvidase sus malas propenciones, no habria otro medio legítimo de impedir su maldad. Y qué, ¿no tenemos este brebaje? ¿no está en la instruccion pública? ¿no está en poner al alcance del reo los medios de que antes carecia para discurrir y trabajar? ¿No está en hacerle patente que no le trae ventaja delinquir? El reo se debe suponer que no conoce el bien, puesto que hace el mal; solo así puede preferir el desasociego á la tranquilidad; la guerra á la paz; la excomunion á la concordia. La manera de que el reo conozca el bien y lo ame, es que cuando esté en imposibilidad de dañar, usarlo para con él; es nuestro enemigo; queremos que deje de serlo, que se vuelva amigo? pues tratémosle como á tal. Démosle luz y verá; hagámosle males y el rencor acabará de cegar ó su maldad ó su ignorancia. Se nos dirá que nada hemos avanzado, puesto que propiamente hablando la única pena que hoy se conoce es la prision y que esa la dejamos. Y yo responderé: la cárcel la empleamos ahora como mal, y yo deseo que la emplemos no como mal, sino como el único medio conocido de impedio el delito, pero no con el objeto de dañar, sino con el de brindar el bien de la regeneracion del hombre. Un cáustico arde, pero el médico no lo emplea con la intencion de mortificarnos, sino con la intencion

de que nos alivie; pues así la prision, trae algo de sufrimiento como consecuencia; pero no es esto lo que nosotros buscamos y en esa virtud harémos porque el reo, no estrañe de la sociedad mas que el tamaño, pero que pueda proporcionarse ahí, por los mismos medios legítimos que puede hacerlo fuera, todos los bienes que ideó la divinidad para que los disfrute el hombre. Se enviará al reo á la cárcel como á un hospital, y podrá fijarse desde antes en la sentencia el tiempo probable de su curacion. Tan luego como el reo dé ciertas seguridades de no dañar, se le pondrá libre, por ejemplo: un individuo que haya robado y dé una fianza considerable de buena conducta y pague la indemnizacion á que haya sido condenado, ¿por qué retenerlo en la prision si ya adquirió una industria, si es seguro que no volvera á delinquir? ¿No con estas mismas calidades ofrece el Código Penal que nos rije la libertad preparatoria?

Luego que la inteligencia descubra otro medio menos duro de evitar los delitos, deberemos adoptarlo, porque no es nuestra mente hacer el mal sino evitarlo. La sociedad deja de ser cruel, se consiguen los mismos fines mejorando los medios: dentro de las prisiones se observarán los mismos principios. ¿Algo de lo que hemos propuesto es imposible? Faustin Helie, refiriéndose al trabajo

publicado por M. Charles Lucas en 1827 dice estas palabras: «De ninguna manera la justicia humana no podria ni determinar la criminalidad absoluta de un acto, segun el conocimiento completo de la ley moral, ni determinar su criminalidad relativa segun el conocimiento completo de su intencionalidad. Ella no es mas que una justicia falible é incompleta, está forzada á sustituir el acto al ajente y á la categoría del acto. ¿Cómo podria reproducir en penalidad, una criminalidad de que no puede tener mas que razgos tan imperfectos? Ella puede reprimir, no puede castigar; ejerce una mision de órden y no una mision penal; no es mas que una justicia negativa ó de conservacion.» El mismo Faustino Helie dice: «El derecho social á que se llama tal vez impropiamente derecho de castigar......»

No estoy, pues, solo en el combate; quiero que si se puede ser bueno, no se sea cruel; que si se puede convencer, no se lastime; que si se puede amar, no se odie. He creido demostrar que los mismos fines que no se consiguen con las penas, se pueden conseguir sin ellas, y que por lo mismo estas están de mas en el derecho, como está de mas la fuerza en donde debe imperar la razon.

Por lo demás, esos hombres á quienes hundimos en las cárceles, son nuestros hermanos, y des-

conociendo nuestra sangre, hemos desatendido nuestros deberes. «No hagas á nadie lo que no quieras para tí» se nos dijo, y hemos hecho todo lo contrario. Se nos ha dado el corazon para amar, y hemos odiado solamente. Hemos podido abrir escuelas, y hemos fundado cárceles. Hemos podido dar cartillas, y hemos dado grillos y patíbulos. Se nos envió á dar un beso de confraternidad, y hemos mordido el carrillo en donde debimos estamparlo. Ya no mas lágrimas, los sentimientos generosos son para emplearlos en los débiles y en los degraciados La virtud del rico busca su savia en el conjunto de las necesidades de los pobres.

El deber social está en las desgracias de los que sufren. El objeto de la clemencia y la bondad son las miserias. ¿Los que gozan y son felices; para que necesitan de los sábios ni de los estudiosos? Beccaria se sentia feliz con escapar una sola vida, yo seria feliz si evitara una sola lágrima!!



